



ת"פ 18505/12/18 - מדינת ישראל נגד יעקב נריה משעלי

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 18505-12-18 מדינת ישראל נ' משעלי

לפני כבוד השופט עלאא מסארווה
המאשימה:
מדינת ישראל
נגד

הנאשמים:
יעקב נריה משעלי

ב"כ המאשימה- עו"ד ראזי מחאמיד (פמת"א)
ב"כ הנאשם- עו"ד ארז בר צבי

החלטה

(לגבי בקשה לביטול האישום מחמת הגנה מן הצדק)

לאחר תום פרשת התביעה, ולפני תחילת פרשת ההגנה, ביקש הסנגור להעלות בכתב טענה לפיה יש לבטל את כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק.

לטענת ההגנה, התברר במהלך שמיעת הראיות כי העמדתו של הנאשם לדין לבדו, מבלי שהמתלונן בתיק הועמד אף הוא לדין, נגועה באכיפה בדרנית פסולה. ההגנה טוענת כי חלקו של המתלונן בעבירות אינו נופל מחלקו של הנאשם, הן בהיבט היסוד הנפשי והמודעות (עצימת עיניים או מודעות לכך שהצ'קים לא ייפדו) והן באשר ליסוד העובדתי (מסירת הצ'קים לפריטה).

התביעה התנגדה בתוקף לבקשה וטענה שאין מדובר ביחס שונה לשווים, וכי קיימים הבדלים משמעותיים בין חלקיהם של הנאשם והמתלונן.

לאחר שעיינתי בכתבי הטענות, הגעתי למסקנה שדין הבקשה של ההגנה להידחות מפאת עיתוי העלאתה.

טענה לפי סעיף 149(10) לחסד"פ, ניתן להעלות בכל שלב של ההליך המשפטי, קרי כטענה מקדמית או כטענה בשלב הסיכומים. אלא שבמבט מהותי, טענת ההגנה, על רקע עיתויה, היא, למעשה, טענה שאין לחייב את הנאשם להשיב לאשמה, וזאת אך בכסות טענה מקדמית לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. המבחנים שנקבעו בפסיקה לגבי



דיות הראיות בשלב הטענה של "אין להשיב לאשמה" הם מחמירים מאוד. די בעמידה בראיות קלושות, קלות כנוצה, כדי לדחות את הבקשה לזיכוי הנאשם עקב טענת אין להשיב לאשמה. התביעה בוודאי עמדה בנטל קל כאמור.

אתיחס לטענה לגופה. גם לגוף העניין, דין הטענה להידחות מפאת עיתוי העלאתה. נפסק כבר כי הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית שמורה למקרים חריגים. המבחן שאומץ בהלכת בורוביץ, ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נגד איתמר בורוביץ** [פורסם בנבו] (2005), הינו מבחן מרוכך. להן החלק המרכזי בהלכה:

"ברם לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה או רשות מעורבת אחרת יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק בין מפני שבאיזון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה כמדומה המצב השכיח) מפני שבידי בית המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא **מהלך קיצוני** שבית המשפט אינו נזקק לו אלא **במקרים חריגים ביותר**. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כלעיקרן אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. **אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר**.

ההכרעה בשאלה אם המקרה שלפני בית המשפט מצדיק את החלטה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית המשפט. שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים: בשלב הראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה נדרש בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים



הנגדיים ייחס בית המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך למשל ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר, ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום. בין היתר, עשוי בית המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע".

יצאנו למדים שעל בית המשפט הדין בטענה מקדמית לגבש החלטתו לאחר שקילת מכלול השיקולים תוך עריכת איזונים עדינים, והכל לאחר **הנחת תשתית עובדתית-ראייתית מלאה**.

אין מקום לקיצורי דרך. התשתית העובדתית-ראייתית המונחת בפניי כעת הינה תוצר חקירתו הנגדית של המתלון בלבד, והיא רחוקה מלספק, בשלב זה, את דרישת הדין לגבי תנאי המבחן התלת שלבי שנקבע בהלכת בורוביץ'.

כפי שהרחיבו הצדדים בטיעוניהם בכתב, **על הנאשם מוטל נטל ראשוני** להוכיח כי העמדתו לדין נגועה לכאורה באכיפה בררנית ולסדוק אגב כך את חזקת התקינות המנהלית, ורק לאחר מכן, נדרשת התביעה לשכנע בדבר העדר קיומה של אפליה בהעמדה לדין.

משהתביעה טוענת כי חלקו של הנאשם הוא הדומיננטי, הוא הרוח החיה ומחולל העבירות, הרי שגם אם דבק רב בהתנהלות המתלון, ואינני קובע כך, אין בטענה זו, בהכרח, משום עמידה בנטל הראשוני הנדרש. על מנת להכריע בשאלה האם עמדה ההגנה בנטל הראשוני, עליה, קרי על ההגנה, לבסס תשתית עובדתית וראייתית מלאה, עליה ניתן להניח את טענת האכיפה הבררנית. המתלון השיב לשאלות הסנגור בחקירתו הנגדית, ולא אישר את התיזה הבסיסית של ההגנה לפיה ידיו שלו עצמו היו במעל. כמו כן, התביעה פירטה בתגובתה הבדלים, כפי השקפתה, בין חלקו ועומק מעורבותו של הנאשם לעומת המתלון (סעיפים 19-23 לתגובה). מנגד, הנאשם טרם העיד להגנתו.

תהיות שהעלתה ההגנה לגבי אשמה תורמת או חלק זהה של המתלון, אינן מהוות תחליף להנחת תשתית עובדתית מלאה לגבי חלקו הנאשם לעומת חלקו של המתלון. על ההגנה להוכיח, ולו לכאורה, כי הנאשם והמתלון שייכים לאותה קבוצת-שוויון של מעורבים (ועוד באותה מידה). כאן המקום להזכיר שאין בתשובתו של הנאשם לכתב האישום התייחסות לטענת אכיפה בררנית. מדובר בטענה חדשה, הגם שהיא טענה שמצדיקה דיון בה. שלילת הטענה כקלף מנצח, לפני דיון מעמיק בה, איננה יכולה לזכות את הנאשם בסעד החרוג לו הוא טוען, וודאי לא בעיצומו של ההליך וטרם השלמתו.

הפסיקה שצוטטה בבקשת ההגנה מתייחסת לטענות שהועלו והוכרעו ביסודיות הנדרשת על בסיס תשתית ראייתית



שלמה, ולא מיד לאחר תום פרשת התביעה לפני פרשת ההגנה. ולא בכדי.

אינני נזקק אפוא לדיון בסוגיה זו בשלב הנוכחי.

טענות הצדדים נשמרות להם, והן יועלו, מן הסתם, לאחר תום פרשת ההגנה, בשלב הסיכומים.

ההליך יימשך במתכונתו הקבועה.

ניתנה היום, כ"ז חשוון תשפ"ב, 02 נובמבר 2021, בהעדר
הצדדים.